

平台革命、零工经济与劳动法的新思维

丁晓东

内容提要: 网络平台造就了零工经济的兴起,也给现行的劳动法带来了冲击与挑战。一方面,如果过于轻易地将劳动者与网络平台之间的关系都定义为劳动关系,那么这将带来一些不合理的负担。另一方面,如果将劳动者与网络平台之间的关系都视为非劳动关系,那么劳动者的有些权益将得不到保障。平台经济带来的冲击与挑战的根源在于劳动关系全有或全无的认定。在平台经济的劳动法规制中,应当改变这种认定劳动关系进而施加或豁免所有劳动法责任的进路,应当采取功能主义与反本质主义的劳动法规制进路。具体来说,应当对劳动法规制中的一系列责任进行功能性的分析,分析何种责任更应当适用于何种网络平台。从劳动法规制的整体理念上来说,应当对平台经济中的劳动问题采取一种“助推型规制”,应当努力在促进劳动力市场的良好运转与保护劳动者权益之间维持平衡。

关键词: 网络平台 零工经济 劳动关系 劳务关系 助推型规制

丁晓东,中国人民大学法学院副教授。

在过去的十几年里,一场网络平台革命席卷了全球。在美国,诸如亚马逊、脸书、优步、爱彼迎等网络平台开始兴起,深刻改变了西方和全球的社会与经济面貌。⁽¹⁾ 在中国,此类平台革命也同样蔚为壮观,阿里巴巴、腾讯、京东、滴滴等企业已经在一定程度上可以和美国企业比肩,而这些以网络平台为核心的企业也对中国社会与经济产生了巨大的影响。

伴随着网络平台革命的是“零工经济(gig economy)”的兴起。⁽²⁾ 在网络平台兴起之前,劳动者尽管也会打各种零工,但这种零工无论是时长、频率还是人数规模都相对较短、

(1) 参见 Geoffrey G. Parker and Marshall W. Van Alstyne, *Platform Revolution: How Networked Markets Are Transforming the Economy—And How to Make Them Work for You*, Brilliance Corp, 2017, pp. 1–10。

(2) 参见叶健《“零工经济”:依靠网络打零工,也能赚些钱》,《决策探索(上半月)》2015年11期,第42–43页; Noam Scheiber, *Employees, Contractors and Those in Between*, *N. Y. TIMES*, Dec. 11, 2015。

较低或较小。而在网络平台兴起之后,零工经济开始大规模崛起,渗透到社会生活的各个方面并成为国家经济的重要组成部分。例如,“人人快递”为普通网民成为快递员提供了条件,用户只要绑定自己的信用卡并经过相关认证,就可以成为人人快递员,从应用程序上接单。在“猪八戒网”的平台上,企业可以在平台上发布诸如文案、设计等各类需求,网民则可以根据这类需求从事相关的劳动和服务。更为引人关注的则是互联网专车,其所创造的零工经济已经具有了相当大的规模。以滴滴出行为例,截止 2016 年,滴滴出行的注册司机已经超过 1000 万,每天有超过 200 万滴滴司机为乘客提供服务,创造 3 亿多元人民币的收益。⁽³⁾

就劳动法或劳动者权益而言,零工经济首先带来的冲击是劳动关系的认定。众所周知,在我国,劳动关系与劳务关系的认定在法律上具有一系列不同的后果。如果零工经济中的相关关系被认定为劳动关系,用人单位就必须承担法律所规定的许多强制性义务,例如,用人单位支付劳动者的工资必须高于或等于政府规定的当地最低工资标准等;劳动者的工作时间不得超过法定时间;劳动合同的期限必须符合法律规定;解除劳动合同必须符合相关法律法规的强制性规定;用人单位解除劳动合同时,应当给予劳动者一定的经济补偿;用人单位必须为劳动者交纳社会保险;女性等特殊群体的权益受相关法律法规的强制保护等等。用人单位必须履行这些法定义务,不得协商变更。相反,如果零工经济中的相关关系被认定为劳务关系,那么劳务合同的雇主一般没有上述义务,尽管双方也可以约定此类义务。

据此,平台革命与零工经济给劳动法带来的挑战是全方位的,现有的劳动法在回应平台革命与零工经济时存在不少问题。因为现有劳动法基本上采取了全有或全无的劳动关系认定框架,并依此来施加或豁免劳动关系中的所有责任。但本文提出,有必要采取一种功能主义和反本质主义的劳动关系认定方式,应当根据劳动法上规定的不同责任的性质对不同的平台企业和不同的用工类型进行区别规制。国家则应当采取“助推型”的规制手段,以促进国家与企业间的良性互动,避免劳动法对平台企业的过度规制或规制不足。

一 零工经济给劳动法带来的挑战:以网约车平台为例

分析零工经济给劳动法带来的挑战之前,可以先考察近年的有关案例。

王哲拴与北京亿心宜行汽车技术开发有限公司劳动争议案的案情如下:“2012 年 8 月,王哲拴通过亿心宜行公司网上招聘入职亿心宜行公司工作,职务为代驾司机,待遇为每月底薪 3000 元至 6000 元,按照接单量另有提成。入职后亿心宜行公司一直拒绝为王哲拴签订书面劳动合同和缴纳社保,王哲拴申请了劳动仲裁,裁决结果为双方不存在劳动关系驳回了仲裁请求。王哲拴认为其经亿心宜行公司招聘、面试、培训等流程入职亿心宜行公司,在工作中遵守亿心宜行公司的各项规章制度,听从亿心宜行公司指挥,接受

(3) 参见快科技《滴滴出行大数据:平均每日 207 万名司机在线 人均收入超 160 元》,资料来源:TechWeb: <http://www.techweb.com.cn/internet/2017-01-04/2466744.shtml>,最近访问时间[2018-01-23]。

亿心宜行公司各种惩处措施,与亿心宜行公司之间形成了管理与被管理的劳动关系,故诉至法院。”⁽⁴⁾

对于此案,法院认为,“本案争议的焦点系双方是否存在事实劳动关系。法院根据《劳动和社会保障部关于确立劳动关系有关事项的通知》指出:劳动关系成立需要同时具备下列情形:(一)用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格;(二)用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者,劳动者受用人单位的劳动管理,从事用人单位安排的有报酬的劳动;(三)劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。”⁽⁵⁾法院认为,“劳动关系成立需要劳动者为用人单位提供了有偿劳动,劳动者从用人单位获得劳动报酬和有关福利待遇,劳动者和用人单位形成了以人身自由在劳动范围内归用人单位支配、服从劳动分工和安排、遵守劳动纪律、接受用人单位管理为主要内容的从属关系。”⁽⁶⁾

经过以上推理和论证,法院认定,本案中双方只成立劳务关系,并不存在劳动关系。因为“王哲控作为代驾司机,可以兼职也可以全职,工作时间自己掌握,不符合劳动关系的认定标准。此外,对于王哲控提供证据之工牌、工服照片等证据,法院认为,这些证据虽标有亿心宜行公司名称,但不足以证明双方存在劳动关系”⁽⁷⁾。

法院以劳务关系来界定劳动者与网络平台之间的关系,这在其他一些案件中也有体现。例如在庄燕生与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议案、孙有良与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议案中,法院都做出了类似的判决。⁽⁸⁾

但在其他一些代驾行为引起的纠纷案中,法院又采取了不同的思路。例如在岳海清与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司纠纷案中,北京市第二中级人民法院认为,“由于代驾司机系受亿心宜行汽车服务公司指派,在代驾期间发生事故,应属履行亿心宜行汽车服务公司的职务行为,故相关赔偿责任应当由亿心宜行汽车服务公司承担”⁽⁹⁾。而在陶新国与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司纠纷案中,上海市浦东法院除了认定代驾司机的代驾行为属于职务行为之外,还将二者之间在工作时段内的关系界定为管理与被管理的关系。因此,代驾司机必须受到网络平台公司的考核,必须遵守网络平台的规章制度及行为规范,必须穿着公司制服并佩戴胸卡。⁽¹⁰⁾

对比法院在两类案件中的判决,可以发现,法院虽然在前一类案件中明确否认了平台公司与代驾司机的劳动关系,但在后一类案件中却又暗含了认可存在劳动关系的

(4) 王哲控与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2015)一中民终字第01359号。

(5) 王哲控与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2015)一中民终字第01359号。关于法院所引用的劳动和社会保障部所发布的确立劳动关系的标准,参见劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》(劳社部发[2005]12号)。

(6) 王哲控与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2015)一中民终字第01359号。

(7) 王哲控与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2015)一中民终字第01359号。

(8) 参见庄燕生与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2014)一中民终字第6355号;孙有良与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司劳动争议上诉案,(2015)一中民终字第176号。

(9) 岳海清与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司等机动车交通事故责任纠纷二审民事判决书,(2014)二中民终字第07156号。

(10) 陶新国与北京亿心宜行汽车技术开发服务有限公司等机动车交通事故责任纠纷案,(2014)浦民一(民)初字第37776号。

判断。⁽¹¹⁾ 因为一般认为,区别劳动关系与劳务关系主要看劳动者与用人单位的地位是否平等,是否存在控制或从属关系等。在劳动关系中,劳动者作为用人单位的成员,除提供劳动之外,还要接受用人单位的管理,遵守其规章制度;⁽¹²⁾ 而在劳务关系中,双方是平等的民事主体,双方签订的仅仅是劳务合同,不存在人身性的控制或从属关系。在后一类案件中,如果按照法院的论证进行推理,其实可以推论出,劳动者与代驾公司存在控制或从属关系,符合认定劳动关系的标准。

二 问题的根源: 全有或全无的劳动关系

法院为何在前述案例中会出现自相矛盾的判断? 究其根源,现有的劳动法的判断框架基本采取了劳动关系与劳务关系的二分法,劳动者与用人单位的关系要么被认定为劳动关系,要么被认定为劳务关系。而在网络平台所带来的零工经济中,网络平台与劳动者之间的关系非常模糊,⁽¹³⁾ 往往处于劳动关系与劳务关系的中间地带,这就使得法院在相关的案例中难以做出准确的判断。

网络平台与劳动者之间的关系是属于劳动关系还是劳务关系,我们可以以家政服务为例进行思考,在提供家政服务中,可能存在如下几种类型的服务:

- (1) 家政服务人员单独工作,通过熟人介绍或张贴纸面广告为顾客提供单次服务;
- (2) 家政服务人员单独工作,在 58 同城、赶集网发布广告;
- (3) 家政服务人员单独工作,在淘宝网设立有单独页面,交易通过淘宝网完成;
- (4) 家政服务人员是某网络家政公司的兼职人员,公司对其进行一定程度的管理和考核,但其收入根据单次交易而结算;
- (5) 家政服务人员是某网络家政公司的全职人员,公司对其进行一定程度的管理和考核,其收入由家政公司结算;
- (6) 家政服务人员是某传统家政公司的全职人员,公司对其进行全程管理和考核,其收入由家政公司结算。

对于以上几类关系,显然第一类的关系会被无异议地认定为劳务关系,最后一类则会被无异议地认定为劳动关系。因为在第一类关系中,家政服务人员 and 雇主之间的服务不存在管理上的长期控制性或从属性,家政服务人员的服务具有单次性和灵活性的特点。而在最后一类的关系中,传统家政公司则一般会对家政服务人员进行培训和管理,两者存在一种长期控制或从属的关系。⁽¹⁴⁾

(11) 参见王玉玉《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e 代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》,《法学》2016 年第 6 期,第 51 页。

(12) 参见林嘉《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 14 - 15 页。

(13) 参见 Arun Sundararajan, *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, (Cambridge: MIT Press, 2017), p. 141.

(14) 这里之所以以家政人员作为例子,一个原因是从起源上说,劳动法缘起于家庭法。在传统社会中,仆人的权利和义务都由家庭法来确定。随着工厂的出现,劳动法出现了,但工人与雇主之间的初始法律规定在很大程度上借鉴了家庭法。

但对于其他几类关系,尤其是对于第3、第4和第5类关系,人们可能对其中劳动关系的存在与否有争议。因为在这几类关系中,网络平台对于劳动者的管理与考核程度常常和传统的管理与考核非常不同,二者的关系常常介于长期控制与非控制之间。例如,有的平台对劳动者的资料进行登记和核查;有的平台对劳动者进行培训和提供相应的技能支持;有的平台储存劳动者和雇主的相应资料,以促进两者之间的进一步交易;有的平台直接对服务设定价格;有的平台直接提供支付平台;有的平台提供评分机制。而更多的平台则采取以上一种或多种方式进行管理。⁽¹⁵⁾对于何种管理方式达到了劳动法上所认可的从属或控制,这并不是一个非黑即白的问题。

在网络平台兴起之前,劳动者和用人单位之间就已经存在很多介于从属与非从属之间的关系,例如在劳务派遣的法律关系中,就存在不同程度的从属或控制关系。法律所做的无非是要确定这种从属或控制关系的程度,并根据不同的程度来确定是否存在劳动关系。⁽¹⁶⁾

在一定程度上,这种判断是完全正确的,因为网络平台与零工经济的兴起虽然深刻改变了劳动力市场的结构,但劳动法的原理没有改变,劳动法仍然必须在保证劳动力市场的灵活用工与保护劳动者之间寻求平衡,并在具体的案件中做出判断。⁽¹⁷⁾正如有的学者认为,“互联网+”没有颠覆传统的劳动法原理和劳动用工规律,“对网约工仍有必要且能够从劳动力与生产资料(劳动条件)相结合的本质来认识其劳动关系或劳务关系问题”。⁽¹⁸⁾

但我们也必须认识到,传统劳动法对于判断劳动关系全有和全无的路径也存在不小的问题。正如上文所说,一旦劳动者和网络平台企业之间的关系被认定为劳动关系,网络平台企业就要承担一系列劳动法上的职责,例如必须为劳动者交纳社会保险、支付最低工资等等;而一旦劳动者和网络平台企业之间的关系不被认定为劳动关系,则劳动者将完全不享受此类权益。这就意味着劳动法对于网络平台企业的规制要么全盘规制,要么完全放任。对于劳动者和网络平台企业来说,这种规制进路可能会造成过度规制或规制不足的问题。

一方面,如果过于轻易地将劳动者与网络平台之间的关系定义为劳动关系,这无疑将加重网络企业的责任,进而对互联网经济与劳动力市场造成影响。客观地说,网络平台与零工经济的兴起减少了劳动力市场的交易成本,使得劳动力市场的配置变得更为有效。⁽¹⁹⁾对劳动者来说,网络平台使得下岗人员、无技能人员、暂时失业人员、家庭妇女都

(15) 例如网约车基本行使了这里例举的多项管理功能。

(16) 参见王全兴、杨浩楠《试论劳务派遣中的同工同酬——兼评2012年〈劳动合同法修正案〉》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期;刘慧勇《劳务派遣的“治标”与“治本”——析2012年〈劳动合同法修正案〉的隐忧》,《中国劳动关系学院学报》2013年第3期,第11-14页。

(17) 参见董保华《论劳务派遣立法中的思维定势》,《苏州大学学报(哲学社会科学版)》2013年第3期,第59-60页。

(18) 王全兴《“互联网+”背景下劳动用工形式和劳动关系问题的初步思考》,《中国劳动》2017年第8期,第8页。

(19) 参见Yochai Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, (New Haven: Yale University Press, 2006), pp. 2-28.

有可能寻找到适合自身的工作,甚至学生也能通过自身的技能获取一定的收入。对于劳动的需求方来说,情形亦是如此,更多类型的服务也更好地满足了他们的需求。网络平台与零工经济使得市场中的信息更对称,服务更多元。⁽²⁰⁾

另一方面,如果将劳动者与网络平台之间的关系都视为非劳动关系,那么在很多情形下,劳动者的生活将面临很大的不确定性。众所周知,“倾斜保护”是劳动法的核心原则之一,⁽²¹⁾“倾斜保护”的原理在于,用人单位和劳动者之间往往拥有不平等的地位和权力,而劳动者的生计又往往依赖于其劳动,如果完全采取民法中意思自治的原则,那么劳动者将无法和用人单位进行相对平等的谈判,同时也可能会面临随时失业等生计威胁。在很多网络平台与劳动者的关系中,虽然网络平台对于劳动者的控制和传统的方式有很大的不同,劳动者的就业选择也更为多元和自由,但劳动者仍然面临“店大欺客”的不平等对待,仍然面临着工伤、失业等诸多生计上的威胁,如果将此类关系都排除在劳动法的保护之外,那么劳动者的一系列权益无法得到充分的保障。⁽²²⁾

三 平台经济与劳动法的域外经验

网络平台与零工经济带来的挑战并非中国独有,在域外特别是在如美国这样的平台经济高度发达的国家,这一情形当然同样存在。中美两国的劳动法与平台经济的形态虽然并不完全一致,但通过分析美国劳动法的实践与改革建议,我们完全有可能从理论层面对其进行把握,从而对中国当下的劳动法提出改革建议。

分析美国的劳动法,可以发现美国劳动法具有和中国劳动法相似的特征,并且在网络时代面临着相似的问题。首先,对于判断是否存在劳动关系,无论是制定法还是普通法,美国劳动法都主要以是否存在控制进行衡量。以美国 1938 年制定的《公平劳动标准法》为例,尽管该法案将雇佣关系界定为广义的“招收或允许工作”,⁽²³⁾但在后期的司法实践中,很多解释《公平劳动法》的司法意见则会从“经济现实”的角度来进行考虑,分析雇主是否对于雇员具有实际性的经济控制。⁽²⁴⁾而更多的时候,法院则直接以普通法上的“控制”标准来确定是否存在劳动关系,即雇主是否对用工者进行控制。⁽²⁵⁾

其次,和中国一样,一旦被确定为劳动关系,美国规制劳动关系的主要法律也将全部

(20) 参见 David Evans, *Matchmakers: The New Economics of Multisided Platforms* (Cambridge: Harvard Business Review Press, 2016), p. 197.

(21) 参见林嘉著《劳动法和社会保障法》,中国人民大学出版社 2009 年版,第 24 页。

(22) 参见 Steven Hill, *Raw Deal: How the “Uber Economy” and Runaway Capitalism Are Screwing American Workers*, (Cambridge: MIT Press, 2017)。

(23) Fair Labor Standards Act, Pub. L. No. 75-718, § 3, 52 Stat. 1060 (codified at 29 U. S. C. § 203 (g) (2012)); Marc Linder, *Dependent and Independent Contractors in Recent U. S. Labor Law: An Ambiguous Dichotomy Rooted in Simulated Statutory Purposelessness*, 21 *COMP. LAB. L. & POL’Y J.* 187, 187 (1999).

(24) *Nationwide Mut. Ins. Co. v. Darden*, 503 U. S. 318, 326 (1992); *Eisenberg v. Advance Relocation & Storage, Inc.*, 237 F.3d 111, 113 (2d Cir. 2000).

(25) 有的学者指出,经济上的控制与普通法上的控制之间的差异已经越来越小。参见 Julia Tomassetti, *The Contracting/Producing Ambiguity and the Collapse of the Means/Ends Distinction in Employment*, 66 *S. C. L. REV.* 315 (2014)。

适用于企业;反之,一旦被确定为非劳动关系,则劳动者将完全无法享受此类法律的保护。而就适用的法律来说,美国的法律也和中国劳动法有很多重合。从联邦层面来说,这包括了规制安全问题的《职业安全与健康法》;⁽²⁶⁾规定最低工资与工作时间的《公平劳动法》;⁽²⁷⁾规定集体谈判的《联邦劳动关系法》;⁽²⁸⁾赋予生育、家庭紧急事项请假权利的《家庭医疗请假法》;⁽²⁹⁾规定年龄歧视的《雇佣年龄歧视法》;⁽³⁰⁾规定医疗和退休金等员工福利、税收福利的《员工退休和收入保障法案》⁽³¹⁾。当然,在州的层面,各州有关于劳动法的单独法案,一旦法院确定相关关系为劳动关系,这些法律也将适用于劳动者。⁽³²⁾

最后,面对网络与信息时代劳动关系的高度不确定性,⁽³³⁾很多学者和政策建议者也指出了全有或全无的劳动关系面临的困境。在这些学者和政策建议者看来,全有或全无的劳动关系更多是一种“向后看”的法律思维方式,采取的是根据传统的普通法来确定劳动关系以及救济手段的进路,但是,法律必须“向前看”,必须根据当下的现实发展与未来的社会需要进行规制。⁽³⁴⁾此外,法律必须根据平台与零工经济的需要进行调整,而不是将平台与劳动者之间的关系要么定义为雇佣劳动关系,要么定义为独立契约工。

具体来说,学者和政策建议者给出了以下三种解决进路。

第一种建议认为,在劳动法律关系与独立契约法律关系之间创造一种新的法律关系类型。例如,赛思·D·哈瑞斯(Seth D. Harris)和阿兰·克鲁格(Alan Krueger)两位奥巴马政府的官员提出建议,对于某些类型的平台,可以创造一种“独立员工”的法律关系。⁽³⁵⁾哈瑞斯和克鲁格以某些平台为例进行了分析,例如,对于那些员工可以决定是否工作,同时平台也可以进行价格设定的平台,他们认为,在现行的法律中,有的应当适用,有的则不行。例如,他们认为反歧视法与涉及到税收的法律应当适用于此类关系,而最低工资法就不应当适用。

第二种建议则主张对现行的劳动法律进行全面调整,根据具体情形确定相关法律与责任是否适用。对此,早已有学者提出,应当转变劳动法中的思维方式。传统的劳动法往往采

(26) 29 U. S. C. ch. 15 § 651 et seq.

(27) 29 U. S. C. § 8.

(28) 29 U. S. C. § 151 - 169.

(29) 29 U. S. C. sec. 2601.

(30) 29 U. S. C. § 621 - 634.

(31) 29 U. S. C. ch. 18, § 1001 et seq.

(32) 在这些法律中,最重要的是替代员工进行损害赔偿的法律和失业保障的法律。

(33) 就这一点来说,中文学界所关注的一些案件仅仅是个案性的(例如加州Uber案的判决),这些案例并不具有普遍适用的效力,因为这些案例有的只是地方法院的解释,有的没有树立足够的权威性,有的则只是对某些法律条款的解释。更何况,在这类案件中,一个很小的事实性细节都可能改变最终的判决结果。对此的分析,参见Julia Tomassetti, *The Contracting/Producing Ambiguity and the Collapse of the Means/Ends Distinction in Employment*, 66 *S. C. L. REV.* 315 (2014)。

(34) 对于这种法律进路的分析,参见Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence*, Cambridge, (Cambridge: Harvard University Press, 1990), pp. 1 - 20。

(35) 参见Seth D. Harris and Alan B. Krueger, “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent Worker’” (discussion paper 2015 - 10, The Hamilton Project, The Brookings Institution, December 2015), 资料来源: http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf, p. 2, 最近访问时间[2017 - 09 - 22]。

取先确定劳动关系再确定责任的进路,这种进路应当转变为根据不同情形分配责任。⁽³⁶⁾ 根据这种进路,学者和政策建议者认为,对于不同类型的网络平台,应该根据其和劳动者的特定关系来确定法律适用。例如,对于《职业安全与健康法》,应当根据平台企业或雇主对工作过程的控制来确定,如果平台企业或雇主对劳动者完全没有控制,那么安全问题不应当由雇主承担。对于规定了生育、家庭紧急事项请假权利的《家庭医疗请假法》,应当规定只有工作了一年以上的全职员工才享有相关权利。而对于失业保证金等法律,则不应当强行要求企业为劳动者提供,应当鼓励企业成立一个自身的失业保证金,对于那些工作达到一定时长或达到某些标准的员工,为其提供失业保险。⁽³⁷⁾

第三种建议则认为,应当为基于互联网零工经济的劳动者提供一种独特的救济渠道。采取此种进路的政策建议者提出,第一种改革劳动法的进路——在劳动法律关系与独立契约法律关系之间创造一种新的法律类型——不一定能够避免使得新型法律关系类型僵化的可能;⁽³⁸⁾ 第二种改革劳动法的进路——对现行的劳动法律进行全面调整,根据具体情形来确定相关法律与责任是否适用——又不太现实。比较合理的做法应当是对平台经济采取一种独特的法律规制途经。在此种政策建议者看来,可以考虑将网络平台与劳动者的关系尽可能地划归为非劳动关系,然后在此基础上根据特定的情形采取不同的规制手段,对不同的平台企业施加不同的责任。这种建议认为,如果为互联网企业在劳动法问题上提供独特的法律规制框架,那么经过若干年的试错,就可能会在此问题上形成良好的共识。

就以上三种建议来说,可以发现他们虽然有所不同,但其核心是一致的,三者都采取了一种反本质主义的、功能主义的劳动法规进路,都认为必须突破全有或全无的劳动法律关系认定。尤其是第二种建议与第三种建议,二者其实并无多大差别。如果说有差异,也更多是实操层面的差异:第二种建议认为应当全盘改革劳动法然后适用于平台经济中的劳动问题;而第三种建议则认为应当先将网络领域作为一个“实验田”进行劳动法的实验,然后再推广到其他领域的劳动法规制。

四 我国劳动法的功能主义规制

中美社会意识形态与劳动法规制框架有很大差别,⁽³⁹⁾ 但是就最根本的原理来说,二

(36) 参见 Richard R. Carlson, Why the Law Still Can't Tell an Employee: When It Sees One And How It Ought to Stop Trying, 22 *Berkeley J. Emp. & Lab. L.* 295 (2001)。

(37) 参见 Seth D. Harris and Alan B. Krueger, "A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The 'Independent Worker'" (discussion paper 2015 - 10, The Hamilton Project, The Brookings Institution, December 2015), 资料来源: http://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf, pp. 2 - 18, 最近访问时间 [2017 - 09 - 22]。

(38) 参见 Joseph P. Kennedy, Three Paths to Update Labor Law for the Gig Economy, 资料来源: <http://www2.itif.org/2016-labor-law-gig-economy.pdf>, p. 10 - 21, 最近访问时间 [2017 - 09 - 22]。

(39) 例如美国比中国要更加主张市场经济和去规制化,美国的劳动法对于用人单位所施加的责任也要比中国轻。参见 Patricia Pattison and John W. Mogab, A Comparison of U. S. and Chilean Labor and Employment Law, *ALSB Journal of Employment and Labor Law*, Vol. 12, 22 - 38, Spring 2011。

者是相通的,两个国家的劳动法都力图在自由市场与国家规制进路之间保持平衡,市场进路的主要目的在于促进劳动力市场的自由与效率;而国家规制的主要目的则在于保护劳动者的平等谈判能力与一系列基本权益。在这个意义上,我们完全可以借鉴上文中的反本质主义或功能主义进路来思考中国平台经济中的劳动法问题,对我国劳动法中的一系列责任进行功能性的分析,分析何种责任更应当适用于何种网络平台。

首先,我国劳动法规定了一系列保障劳动者基本生活需求,防止劳动者之间进行探底竞争的法律,例如对最低工资、工作时间、解雇保护、劳动合同期限等方面的规定。对于这些规定所赋予的权利,不应当一刀切地将其适用到所有的平台企业中。因为尽管这些权利对于劳动者来说非常重要,但劳动者可能完全可以在其他企业或单位那里获得。⁽⁴⁰⁾例如对于有的网约车司机来说,其工作可能是兼职性的,或者即使工作时间较长,但其本身还是其他单位的员工。此外,如果强行要求所有平台企业都承担此类责任,对于平台企业也不现实,甚至不利于保护劳动者的利益。因为有的平台企业本身较小,资金实力较为薄弱,在市场竞争中处于非常不利的地位。如果其员工都可以很轻易地获取此类保护,特别是当此类企业成为某些人的“寻租”对象,⁽⁴¹⁾那么后果可能是企业破产与大量依赖此平台的员工失业。

总的来说,应当将此类劳动法所规定的义务施加在对平台具有高度经济依赖性,并且平台企业具有相当社会保障能力的情形中。一方面,如果劳动者对于平台企业具有经济上的高度依赖性,那么一旦劳动者失业,其生计就将面临很大的困境。对于防止这类情形的出现,国家与家庭固然有相应的风险防范责任,但企业无疑也应当发挥其重要作用。⁽⁴²⁾另一方面,如今很多大型网络平台已经不是一个简单的媒介,很多网络平台已经成为大型的基础服务设施,即使我们不照搬西方规制理论中所谓的公共设施教义,⁽⁴³⁾也应当对此类平台提出更高的规制要求,要求此类企业承担部分社会保障义务。⁽⁴⁴⁾

其次,对于我国劳动法中的很多职业安全和涉及到工伤类的法律,应当更多地偏向由平台企业来承担责任。而对于涉及到一般侵权和损害赔偿的法律,则更多应当结合侵权理论或共同侵权理论来进行考虑。这里的理论基础是,对于涉及到职业安全和工伤类的法律,员工一般来说不太可能拿自己的生命安全做筹码,员工的某些冒失行为更多是因为企业的管理或考核而引起的。⁽⁴⁵⁾而且,一般企业更可能对工作条件进行改变以减少工伤类事件的发生,企业也更有能力对于员工的工伤进行救济。相对来说,在损害赔偿类的案件中,如果是涉及到劳动者有能力支付的数额不太巨大的赔偿,则应当结合侵权法的理论

(40) 多重雇佣关系是网络平台经济的一个典型特征。

(41) 参见 John C. Dencker and Chichun Fang, Rent Seeking and the Transformation of Employment Relationships, *American Sociological Review* Vol 81, Issue 3 (2016)。

(42) 参见 U. N. Human Rights Council, “The UN ‘Protect, Respect, and Remedy’ Framework for Business and Human Rights” 资料来源: <https://business-humanrights.org/sites/default/files/reports-and-materials/Ruggie-protect-respect-remedy-framework.pdf> 最近访问时间[2017-09-22]。

(43) 参见 William Boyd, Public Utility and the Low-Carbon Future, 61 *UCLA L. REV.* 1614, 1616 (2014)。

(44) 参见 Keith Cunningham-Parmeter, From Amazon to Uber: Defining Employment in the Modern Economy, 96 *Boston University Law Review*. 1673 (2016)。

(45) 这里我们也可以再次反思“控制”理论的局限性,很多企业可能并没有直接对员工进行“控制”,但通过考核和激励机制,其实平台企业极大地改变了员工的行为。

来合理分配责任。在这些情形中,如果无原则地将此类损害赔偿的责任都要求平台企业承担,那么这无疑将会导致员工的不负责任行为或放任行为。在有的情形下,这还可能会造成合谋诈骗的情形。在此类问题中,关键是对于相应问题的性质进行分析,确定是涉及到人身安全性的侵权还是纯商业性的侵权,当然,还应当确定平台企业、雇主与员工的强弱与相互关系,并据此分配各方的责任和义务。

最后,对于我国劳动法中关于女职工保护等涉及到兼具权益保障与反歧视和平等保护的规定,应当结合具体情形进行分析。就业领域的反歧视与平等保护是一个极其复杂的问题。歧视与平等保护往往面临着市场机制与矫正市场的两难。⁽⁴⁶⁾一方面,如果接受纯粹的市场原则,法律就不应当对涉及到的此类问题进行过多干涉,国家即使要进行干涉,也更应当通过国家或家庭对女性进行补贴的方式来实现矫正正义。⁽⁴⁷⁾但另一方面,我国和西方的法律都不接受这种完全将劳动力商品化的思路,都希望引导企业更好地保护女性等群体的平等权利,促进女性就业。⁽⁴⁸⁾劳动不仅仅是一种服务和商品,劳动也是个体成为公民,个体获取公民尊严的途经。⁽⁴⁹⁾因此,对于此类涉及到公民就业与平等保护的问题,应当原则上坚持对平台企业施加此类责任,特别是对于一些大型的企业平台,尤其应当要求他们承担此类法律与社会上的义务。而在具体情形中,也要注意平台经济与零工经济的特性,在一些不涉及身份性歧视的问题上赋予市场主体更多的选择权。

至于具体的路径选择,我国未来的劳动法应当更多遵循上述哪一种进路,这是一个值得进一步思考的问题。⁽⁵⁰⁾就现状来看,我国的法律实践在很多问题上似乎采取了第三种路径,即将很多平台经济中的关系界定为非劳动关系,然后对此加以功能性的规制。以交通部的网约车规定为例,一开始交通部的《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法(征求意见稿)》明确要求网络平台必须与劳动者签订劳动合同,但在随后正式出台的文件中,交通部又取消了这一规定,允许劳动者和网络平台进行协商和选择。⁽⁵¹⁾此外,在上文提到的劳动关系的司法认定中,我们也看到法院一方面将此类关系认定为非劳动关系,另

(46) 参见丁晓东《重新理解年龄区分:为何不应以法律手段解决年龄歧视》,《法学家》2016年第4期,第111页;丁晓东《探寻反歧视与平等保护的法律责任——从“差别性影响标准”切入》,《中外法学》2014年第3期,第1080-1096页。

(47) 参见 Richard A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, (Cambridge: Harvard University Press, 1992), pp. 270-314.

(48) 《妇女权益保障法》第27条规定“任何单位不得因结婚、怀孕、产假、哺乳等情形,降低女职工的工资,辞退女职工,单方解除劳动(聘用)合同或者服务协议。”《残疾人保障法》第38条规定“残疾职工所在单位应当根据残疾职工的特点,提供适当的劳动条件和劳动保护,并根据实际需要,对劳动场所、劳动设备和生活设施进行改造。”

(49) 参见 Vicki Schultz, *Life's Work*, 100 *Colum. L. Rev.* 1881 (2000); Judith N. Shklar, *American Citizenship: The Quest for Inclusion*, (Cambridge: Harvard University Press, 1991) pp. 215-218.

(50) 对此已有的分析,参见王天玉《基于互联网平台提供劳务的劳动关系认定——以“e代驾”在京、沪、穗三地法院的判决为切入点》,《法学》2016年第6期,第50页;李峰《分享经济背景下劳动关系探析——以网约车为例》,《中国劳动》2017年第1期,第16-17页;彭倩文、曹大友《是劳动关系还是劳务关系?——以滴滴出行为例解析中国情境下互联网网约车平台的雇佣关系》,《中国人力资源开发》2016年第2期,第93页。

(51) 参见《网络预约出租汽车经营服务管理暂行办法》第18条, <http://www.miit.gov.cn/n1146295/n1146557/n1146624/c5218603/content.html>, 最近访问时间[2018-01-23]。

一方面,法院又在具体情形中对相关平台施加了相应的责任。⁽⁵²⁾

五 迈向公私合作的助推型规制

在分析了当前平台经济中劳动法的困境与提出了功能主义的劳动法规制方式之后,我们可以在此基础上进一步提出一种公私合作的“助推型”规制。正如上文所说,平台经济与零工经济的核心就是市场主义与规制国家之间的紧张关系,偏向任何一方面都可能引起一些负面效果。然而对于这种紧张关系,其实现有的理论基础也已经对此提出了一些有益的洞见,我们不妨对此进行引进和借鉴。

具体来说,2017年的诺贝尔经济学奖获得者理查德·塞勒(Richard Thaler)和著名法学家卡斯·桑斯坦(Cass Sunstein)曾经提出过一种“助推型”的规制进路。⁽⁵³⁾作为“助推型”规制的代表人物,这两位教授首先对传统的自由市场主义与国家主义进路都进行了批判。他们认为,一方面传统的自由市场主义面临种种问题,因为这种自由市场主义所依赖的传统理性经济人的假设是错误的,以弗里德曼等人为代表的传统经济学认为,个人总是理性的,因此市场总能够比较合理地解决相关问题,必须尊重个人在市场中进行的选择,但现实世界的真实情况是,个人的理性是有限的,个人对于世界的认识普遍存在短视或决策错误的情况,市场并不一定能够合理地解决相关问题。另一方面,完全依赖国家的强制性规制来替代市场行为,这也存在种种问题,因为市场往往会规避国家的规制,即使规制者具有良好的动机,国家的强行规制也会常常失败。

对于传统自由市场主义与国家规制主义所面临的问题,两位教授认为,政府既不宜推行全盘规制,也不能无所作为。政府应当进行通过一种助推型的规制来诱导市场主体做出合理的选择,从而达到规制所希望实现的目的。用塞勒和桑斯坦的话来说,就是“通过一种可预见的方式来改变人们的行为,同时又不会禁止他们的其他选择,或者显著地改善他们的经济动机”。⁽⁵⁴⁾

以塞勒和桑斯坦为代表的“助推型”规制进路对美国政府具有深刻的影响。例如在奥巴马政府时期,塞勒和桑斯坦的这种进路深刻地影响了法律与政策的制定。⁽⁵⁵⁾在美国规制机构所制定的很多规制政策中,规制机构都采取了促进和激励市场主体进行自我规制与合作规制的政策,避免放任市场主义与政府全面管制所带来的问题。

对于平台经济与零工经济,这种规制思路也非常值得我们借鉴,我国对平台经济与零工经济的规制也可以采取更多地“助推型”规制政策。例如,国家可以鼓励平台企业对劳

(52) 在这个意义上,必须将中国当下的这种进路和“互联网例外主义(internet exceptionalism)”的进路区分开来,对于“互联网例外主义”,参见 Tim Wu, Is Internet Exceptionalism Dead? 资料来源: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1752415, 最近访问时间[2017-09-22]。

(53) 参见 Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, (New Haven: Yale University Press, 2008), pp. 5-6。

(54) 参见 Richard H. Thaler & Cass R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions About Health, Wealth, and Happiness*, (New Haven: Yale University Press, 2008), p. 6。

(55) 2009年,桑斯坦出任白宫信息规制办公室主任一职,对美国政府的规制理论与规制实践产生了重要影响。

劳动者进行有效的保护,在不影响劳动力自由流通和市场公平竞争的前提下,国家可以对某些为劳动者提供恰当保护的企业提供一定的奖励措施,鼓励平台企业与其员工建立更为长远和良性的合作关系。毕竟,企业为劳动者提供的各种保护措施并不仅仅是企业的一种负担,如果换一个角度,这种负担其实也是一种长期的投资,有利于培养员工对于企业的忠诚度和归属感,⁽⁵⁶⁾同时也有利于企业之间的良性竞争。

总之,我们对于平台与劳动问题的规制可以采取新的思维与规制进路,通过本文所说的功能主义进路与“助推型”规制,我们完全可能找到一条既保证零工经济蓬勃发展,又保护劳动者权益的法律路径。

[Abstract] The rise of internet platforms has brought about the rise of gig economy while at the same time posed great challenges to the contemporary labor law. On the one hand, defining all the relationships between workers and internet platforms as labor ones will impose unfair burden on internet companies. On the other hand, if the relationship between workers and internet platforms is regarded as non-labor one, there will be insufficient protection of workers' rights. The root of impact and challenge brought by platform economy lies at the way of either identifying such relationship as full labor relationship or totally denying such relationship as labor relationship. The future Chinese labor law should adopt a new functionalist and anti-substantive approach to the regulation of platform economy. More specifically, China should carry out functional analyze of different responsibilities under current labor law and then determine which responsibility applies to which type of platform. In sum, in the regulation of internet companies through the labor law, China should adopt the “nudge” regulation mechanism, so as to strike a balance between promoting the well-functioning of labor market and protecting of the rights of workers.

(责任编辑:郑佳)

(56) 在国外,有的平台已经将其所有雇员都纳入劳动关系中。例如致力于家政服务的 Hello Alfred 公司。纳入劳动关系后,这家公司发现员工对公司的忠诚度和归属感大大提升。